

## Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 16.11.2015

### I. EINLEITUNG

Der flexible Einsatz von Fremdpersonal mittels Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen ist zwar als notwendiges Instrument in einer arbeitsteiligen Wirtschaft anerkannt, begegnet jedoch seit Jahren insbesondere wegen als Missbrauch empfundener Konstellationen immer wieder Kritik. Ein Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes soll diesen Missbrauch verhindern.

### II. ZUM HINTERGRUND

Nach der Neufassung des § 1 Abs. 1 S. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) zum 1.12.2011 erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern zu Entleihern nur „vorübergehend“. Seitdem besteht erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Auslegung sowie – weitaus praxisrelevanter – der Rechtsfolgen des Begriffs. Während die Auslegung noch weitgehend ungeklärt ist, hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) zumindest für die Praxis die wesentlichen Fragen hinsichtlich der Rechtsfolge geklärt. Nach der Entscheidung des BAG vom 10.7.2013 (7 ABR 91/11) ist das Merkmal vorübergehend als echtes Tatbestandsmerkmal und als Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung anzusehen; § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG stellt darüber hinaus ein Verbotsgesetz im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar. Der Betriebsrat des Entleihers darf daher der Einstellung eines Leiharbeitnehmers, der nicht nur vorübergehend überlassen werden soll, widersprechen. Dagegen (BAG vom 10.12.2013 - 9 AZR 51/13) führt eine nicht-vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung – sofern der Verleiher eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besitzt – nicht zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer. Bislang war ebenfalls sanktionslos, eine Personalgestellung als Werkvertrag durchzuführen, die sich dann später rechtlich als Arbeitnehmerüberlassung erwies, sofern eine AÜG-Lizenz „in der Schublade“ vorlag.

### III. DER REFERENTENENTWURF

Am 16.11.2015 legte Bundesarbeitsministerin Nahles den bereits im Koalitionsvertrag im Grundsatz vereinbarten Referentenentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (RE) vor. Der RE zielt darauf ab, den Einsatz von Leiharbeitnehmern einzuschränken sowie dem – je nach Sicht tatsächlichen oder vermeintlichen – Missbrauch durch einen Rückgriff auf Werkverträge entgegenzuwirken. Die Änderungen sollen zum 1.1.2017 in Kraft treten. Neben weitreichenden Modifikationen des AÜG sieht der RE die gesetzliche Fixierung der Abgrenzungskriterien von Werk- und Dienstverträgen zu Arbeitsverträgen (neuer § 611a BGB) sowie eine Erweiterung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats im BetrVG vor. Zu den wichtigsten Änderungen im Einzelnen:

## **1. Einführung einer arbeitnehmerbezogenen Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten samt Sanktionsregelung**

Wesentliche Neuerung ist die Einführung einer arbeitnehmerbezogenen Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten gem. § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG-RE. Derselbe Leiharbeiter darf zukünftig nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden. Auf den konkreten Arbeitsplatz kommt es dagegen nicht an. Der Koalitionsvertrag sah zwar eine entsprechende Überlassungshöchstdauer vor, ließ jedoch offen, ob es sich um eine arbeitsplatz- oder arbeitnehmerbezogene Höchstdauer handeln sollte. Nach dem RE werden bei den 18 Monaten nur Verleihzeiten ab dem 1.1.2017 berücksichtigt. Ähnlich wie vor dem Wegfall der Höchstüberlassungsdauer im Jahr 2003, müssen Unterbrechungen, die eine Nichtanrechnung von Überlassungszeiten zu Folge hätten, mindestens sechs Monate umfassen.

Wie bereits im Koalitionsvertrag angelegt, können nach dem neuen § 1 Abs. 1b AÜG allerdings Ausnahmen von der Höchstüberlassungsdauer in einem Tarifvertrag der Einsatzbranche oder aufgrund eines solchen Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung vereinbart werden, um den vorübergehenden Charakter der Arbeitnehmerüberlassung sicherzustellen. In diesen Vereinbarungen muss nach der Begründung des RE eine zeitlich bestimmte Höchstdauer vorgesehen sein. Die Abweichungsmöglichkeit soll nur für tarifgebundene Unternehmen gelten. Dagegen können nicht tarifgebundene Einsatzunternehmen weder durch Bezugnahme Klauseln noch durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abweichen. Auch Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche dürfen keine Ausnahmen von der Höchstüberlassungsdauer statuieren. Dies ist ein erheblicher – sicher bewusst herbeigeführter – Nachteil für alle nicht tarifgebundenen Arbeitgeber. Sie werden zukünftig einzelne Leiharbeiter nicht länger als 18 Monate beschäftigen können.

Wird die Überlassungshöchstdauer überschritten, führt dies nach §§ 9 Nr. 1b, 10 Abs. 1 S. 2 AÜG-RE zum Zustandekommen eines Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter, sofern der Leiharbeiter dieser Rechtsfolge nicht innerhalb eines Monats nach Ablauf der Überlassungshöchstdauer widerspricht. Mit diesem erstmals eingefügten Widerspruchsrecht soll ein „Zwang zum Wechsel“ des Arbeitgebers verhindert werden.

## **2. Geltung des Equal Pay nach neun Monaten**

Zweite wesentliche Änderung im AÜG ist die gleichfalls bereits im Koalitionsvertrag vorgesehene tatsächliche Geltung des Equal Pay-Grundsatzes: Leiharbeiter sollen künftig gem. § 8b Abs. 1, Abs. 4 AÜG-RE spätestens nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern beim Entleiher gleichgestellt werden. Nur soweit für das Arbeitsverhältnis ein (Branchen-) Zuschlagstarifvertrag gilt, der eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an Equal Pay vorsieht, besteht der Anspruch auf Equal Pay erst nach einer Einsatzdauer von 12 Monaten. Zum Arbeitsentgelt im Sinne des AÜG zählt nach der Begründung des RE jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird bzw. aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss, insbesondere Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge sowie vermögenswirksame Leistungen. Zum Arbeitsentgelt zählen auch Sachbezüge, die der Entleiher seinen Stammarbeitnehmern gewährt. Für diesen Fall eröffnet § 8b Abs. 1 S. 2 AÜG-RE dem Verleiher die Möglichkeit, dem Leiharbeiter einen Wertausgleich in Euro zu zahlen. Die Berechnung dieser „Wertgleichheit“ wird die Praxis vor erhebliche Probleme stellen.

Zwar enthält auch die bisherige Fassung des AÜG einen Equal Pay-Grundsatz. Hiervon wird in der Praxis jedoch im absoluten Regelfall durch arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge in der Zeitarbeitsbranche abgewichen. Das wird sich ändern.

Eine im Ergebnis unbefristete Einsatzmöglichkeit will sich die öffentliche Hand vorbehalten: Bekanntlich kam es im Anschluss an Privatisierungen regelmäßig zu Widersprüchen der Mitarbeiter der privatisierten Unternehmen. Da letztere die Widersprechenden aber nicht mehr beschäftigen konnten, wurden sie dem neuen privaten Unternehmen durch Personalgestellungsverträge überlassen. Auch für derartige Gestaltungen müsste die 18-Monatsgrenze gelten, was die beteiligten Arbeitgeber vor erhebliche Probleme stellen würde. Daher soll vereinfacht gesagt das AÜG auf

derartige Konstellation keine Anwendung finden, § 1 Abs. 3 Nr. 2b und 2c AÜG-RE. Unangetastet bleibt die, unionsrechtlich problematische, Konzernleihe des aktuellen § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG.

### **3. Sanktionierung verdeckter Arbeitnehmerüberlassung und Kennzeichnungspflicht**

Die bislang vorherrschende Praxis, in Grenzbereichen zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werk-/ Dienstvertrag vorsorglich eine Verleiherlaubnis zur Verhinderung der Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung – insbesondere der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher – einzuholen, soll künftig nicht mehr helfen. Denn nach §§ 9 Nr. 1a, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG-RE soll die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung über Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis der Überlassung ohne Erlaubnis gleichgestellt werden. Folge wäre die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher einschließlich der damit verbundenen Haftung des Entleihers für Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer, sofern der Leiharbeiter der Fiktion des Arbeitsverhältnisses nicht innerhalb eines Monats nach Überlassungsbeginn schriftlich widerspricht. In diesem Zusammenhang neu eingeführt wird in § 1 Abs. 1 AÜG-RE zudem eine entsprechende Kennzeichnungspflicht: Nur wenn der Sachverhalt im Überlassungsvertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung gekennzeichnet und die Person des Leiharbeiters vor Überlassung konkretisiert wird, soll die Fiktion des Arbeitsverhältnisses ausbleiben. Mit dieser Kennzeichnungspflicht korrespondiert die in § 11 Abs. 2 AÜG-RE vorgesehene Pflicht des Verleihers, den Leiharbeiter vor jeder Überlassung zu informieren, dass er als Leiharbeiter tätig wird.

### **4. Kein Einsatz von Leiharbeitern als Streikbrecher und Berücksichtigung von Leiharbeitern bei Schwellenwerten**

Nach § 11 Abs. 5 AÜG-RE darf ein Entleiher Leiharbeiter nicht einsetzen, wenn sein Betrieb durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. Nach der bisherigen Rechtslage existiert nur ein Leistungsverweigerungsrecht des Leiharbeiters, über dessen Geltendmachung der Leiharbeiter frei entscheiden kann. Das absolute Verbot ist nicht unproblematisch, greift es doch in die Kampfparität ein. Unklar ist, ob hiermit auch das „Aushelfen“ durch konzerninterne, nach wie vor nicht unter das AÜG fallende Überlassung verboten sein soll.

In Fortführung der Rechtsprechung des BAG sollen Leiharbeiter grundsätzlich bei Schwellenwerten zu berücksichtigen sein, § 14 Abs. 2 AÜG-RE. Nachdem der Koalitionsvertrag sich auf betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte beschränkt hatte, sind im RE zusätzlich die Schwellenwerte der Unternehmensmitbestimmung umfasst. Die Rechtsprechung des BAG hatte sich in diese Richtung entwickelt (BAG vom 4.11.2015 - 7 ABR 42/13).

### **5. Neuschaffung eines § 611a BGB: Legaldefinition des Arbeitsverhältnisses**

Einen weiteren Markstein des RE bildet der Eingriff in das BGB, die erstmalige Aufnahme einer Definition eines Arbeitsverhältnisses.

Um den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern und gleichzeitig die Prüftätigkeit von Behörden zu erleichtern, sieht der RE zur Abgrenzung von Arbeitsverträgen zu Werkverträgen und freien Dienstverträgen einen neu geschaffenen § 611a BGB vor. Er enthält eine Legaldefinition des Arbeitsverhältnisses und gibt für die vorzunehmende Gesamtbetrachtung, ob eine Eingliederung oder Weisungsgebundenheit vorliegt, acht Abgrenzungskriterien vor. Zwar sollen nach der Begründung des RE lediglich die wesentlichen von der Rechtsprechung des BAG bekannten Abgrenzungskriterien gesetzlich niedergelegt werden, der RE enthält jedoch auch Kriterien – wie insbesondere die Nutzung fremder Arbeitsmittel – die vom BAG gerade nicht als maßgeblich angesehen werden. Unverändert bleibt es bei der Abgrenzung zwar bei einer einzelfallabhängigen wertenden Gesamtbetrachtung; auch die Erfüllung mehrerer Kriterien führt nicht automatisch zur Annahme eines Arbeitsvertrages. Nach § 611a BGB-RE wird das Bestehen eines Arbeitsvertrages jedoch widerleglich vermutet, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund im Statusverfahren nach § 7a SGB IV das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat. Auf die Bestandskraft der Statusentscheidung kommt es nicht an.

## 6. Erweiterung der Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats bei Werkverträgen

Die §§ 80 Abs. 2, 92 Abs. 1 S. 1 BetrVG-RE sehen ferner vor, dass sich die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats auch auf die Beschäftigung von Personen erstrecken, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um eine Klarstellung, da der Betriebsrat bereits nach bisheriger Rechtsprechung die Vorlage von Werkverträgen verlangen kann. Schwerwiegender für Unternehmen wäre die Schaffung eines „echten“ Mitbestimmungsrechtes für Werkverträge gewesen, wie es noch der Gesetzesentwurf des Bundesrates (BR-Drs. 687/13) als § 99a BetrVG n.F. vorgesehen hatte.

## IV. DIE WESENTLICHEN PRAKTISCHEN FOLGEN DER UMSETZUNG DES RE

1. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern würde für Unternehmen ab dem 1.1.2017 insbesondere aufgrund der Einführung der Überlassungshöchstdauer eingeschränkt. Wegen des nunmehr auch tatsächlich geltenden Equal Pay-Grundsatzes nach neun Monaten Überlassungsdauer würden darüber hinaus gehende Überlassungszeiten auch für Entleiher faktisch kostenintensiver. Die Berechnung des Equal Pay dürfte schwierig werden.
2. Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung über Scheinwerk- und Scheindienstverträge wäre für Unternehmen künftig selbst im Fall einer vorliegenden Verleiherlaubnis extrem riskant und führt grundsätzlich zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Leiharbeitnehmer. Die Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu Werkverträgen und Dienstverträgen wäre umso sorgfältiger vorzunehmen; Arbeitnehmerüberlassung wäre zwingend als solche zu bezeichnen. Im Ergebnis würde der drittbezogene Personaleinsatz auf Basis von Werkverträgen und Dienstverträgen strukturell gefährlicher.
3. Das BGB erhält mit § 611a BGB erstmals eine Art Legaldefinition des Arbeitsverhältnisses.

---

Sollten Sie noch Fragen zu diesem *Client Alert* haben, wenden Sie sich bitte an einen der nachfolgend genannten Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

### [Prof. Dr. Stefan Lunk](#)

stefan.lunk@lw.com  
+49.40.414030  
Hamburg

### [Dr. Alexander Beck](#)

alexander.beck@lw.com  
+49.40.414030  
Hamburg

---

### Folgendes könnte Sie auch interessieren

[Aktuelles zum Massenentlassungsverfahren](#)

[Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit im Betrieb](#)

[Finally, a Minimum Wage Comes to Germany. Are Employers Ready?](#)

*Client Alert* wird von Latham & Watkins LLP für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause. Eine Übersicht aller *Client Alerts* finden Sie unter [www.lw.com](http://www.lw.com). Falls Sie eine Aktualisierung Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite <http://events.lw.com/reaction/subscriptionpage.html> für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.